

中国比较宪法学的重新定位与方法论重构

刘 晗*

内容提要 在强调法学本土化的背景下,比较宪法研究仍具有重要价值,但须进行重新定位和方法论迭代。研究定位方面,须适度改变以往的借鉴式研究,着重理解式研究,更新有关域外宪法知识体系。方法论层面,应在功能主义路径上补足文化主义路径,将宪法制度放到不同文化语境中予以深描,不但求同,而且存异;在司法中心主义之上补足政体视角,关注宏观政制结构和决策机制;在专题研究中扩大国别案例范围,克服“留学国别主义”和“西方中心主义”倾向。由此,比较宪法学可以在深入比较中凸显中国宪法体系的独特性和普遍性,从而加强中国宪法学自主性建构,也可与国别和区域研究进行融合,增强比较研究在涉外法治斗争中的实务价值。

关键词 域外宪法 法律移植 比较宪法学 涉外法治

目 次

- 一、比较宪法学的重要性:历史与当代
- 二、域外宪法知识体系的更新
- 三、比较宪法学的方法论自觉与反思
- 四、重思比较宪法学的实践价值
- 五、余论:中国比较宪法的未来

* 清华大学法学院副教授,法学博士。本文系2017年度国家社科基金后期资助项目“全球化时代的比较宪法”(项目批准号:17FFX002)的阶段性成果。

晚近以来,在法学本土化的背景下,塑造中国宪法学的主体意识和推进本土化理论建构的努力已经蔚然成风。在追求宪法学理论体系中国化的过程中,以外国宪法研究为主要内容的比较宪法研究,似乎越来越处于较为边缘的境地。^①曾几何时,比较宪法是中国宪法学重要的知识基础和方法来源,特定国家的制度模式甚至构成了宪法发展和具体实践的重要参照。而在强调以本国宪法文本和实践为基础、建构宪法学理论和制度框架的新语境下,一个自然的问题是:比较宪法研究是否依然具有理论和实践价值?在中国宪法日益加深发展和全球化日益深化的背景下,中国宪法学对于域外宪法的知识需求前所未有地全面而深入,比较宪法的价值只增不减。因而,答案无疑是肯定的。然而,还要进一步追问,如果依然重要,究竟是何种比较宪法具有重要性?既有的范式如何进行更新迭代,才足以担当其重任?在笔者看来,中国的比较宪法学必须具备更为整全的视野和清醒的方法论自觉。在中国法治和法学发展的新时代背景下,比较宪法学需要进行重新定位,知识体系需要更新,方法论需要重构。比较宪法如果要保持其重要性,就得超越曾经兴盛一时的功能主义的借鉴模式,深刻而全面地反观冷战结束以来全球范围内盛行的比较宪法范式对中国宪法学潜移默化的影响,并在新的时代条件和国内外语境下对比较宪法的价值、目标和方法进行深入地探讨,探索其未来发展的可能方向和值得关注的重点问题。

一、比较宪法学的重要性:历史与当代

(一) 中国宪法发展史中的比较宪法学

作为研究各国宪法、探索一般规律的学问,比较宪法^②一直是宪法学重要的知识来源和研究方法,也是宪法实践的重要参考。在法律发展较为成熟的国家,比较宪法学多是作为本国宪法学的辅助学科而发展。而在中国,现代宪法及宪法学的发展却与比较宪法的发展同步展开、相互交织。正如韩大元教授所言:“比较宪法对中国宪法学的研究和成长具有不可或缺的地位,有关比较宪法概念的理解一定程度上影响中国宪法学的基本范畴与理论体系建设。”^③

现代中国宪法学从一开始就带有比较的基因,有极强的面向现实需求的冲动,甚至在特定时期造就了研究方法和态度上强烈的移植倾向。晚清以来不断的变法、立宪、制宪浪潮,构成了比较宪法学的社会背景,也塑造了比较宪法的基本取向,即从外国宪法制度中选取元素,服务本国宪法制定和宪法改革。^④

① 以“比较宪法”为题检索数据库,已经很少能够发现专题论文,虽然针对特定制度的比较研究仍屡见不鲜。然而,这种针对特定制度的比较研究虽然更为具体,但在很多情况下缺少对比较宪法研究的方法论自觉。

② 在本文中,“比较宪法”指的是对于法域与法域之间宪法的比较分析,不限于学术研究,也包括政策研究和一般公共话语中对于宪法体制的比较分析。而“比较宪法学”则指的是带有明确的学术方法论、遵循学术探究基本精神的专业研究。

③ 韩大元:《比较宪法概念在近代中国的演变》,载《比较法研究》2015年第6期,第70页。

④ 参见[美]马克·图什奈特:《比较宪法的可能性(上)》,王锴、侯瑞娜译,载《法治现代化研究》2017年第2期,第190页。

现代意义上的中国比较宪法分析,肇始于晚清变法改良和立宪过程之中。1840年鸦片战争以后,在内忧外患之下,国人开始了向西方学习的进程,对外国宪法和政治制度的比较借鉴,成为了中国近代史的主旋律之一。在晚清政府推动立宪进程之前,比较宪法学处于萌芽状态,散见于一些洋务派士大夫对于外国政治制度的观察之中。如魏源的《海国图志》(1842)在考察列国的战略视野中,就包含了对外国宪制的深入观察。在魏源对美国宪法的描述中,美国“大统领”(总统)的选举制度是公羊学“讥世卿”思想的体现;联邦制则与今文经学中融合封建制(各州政府自主权)和郡县制(联邦权力)的“大一统”构想类似。^⑤19世纪末期,随着中华文明持续遭遇外来打击,无论是传统士大夫中的变革主义人士,还是接受过西方法政教育的精英人才,都将学习欧美、建立现代宪法看作救亡图存、富国强兵的必要条件。例如,康有为和梁启超对外国政治体制的考察,明显带有基于本国变革汲取国外经验的色彩:康有为的《俄彼得变政记》《日本变政考》和梁启超的《各国宪法异同论》都是如此。

1905年,清廷派五大臣出洋考察外国宪法体制,也带着服务于本国立宪、减轻内忧外患的实际考虑。因此,五大臣对外国宪法制度的评判标准完全基于实用主义目的,按照被考察国家的强盛程度进行区分。经比较分析之后,五大臣上书认为,君主立宪体制乃是基于国情的最佳选择:因其“大意在于尊崇国体,巩固君权”“凡国之内政外交,军备财政,赏罚黜陟,生杀予夺,以及操纵议会,君主皆有权以统治之”,并认为“立宪”具有三大实际优势:“一曰皇位永固”“一曰外患渐轻”“一曰内乱可弭”。^⑥

民国建立之后,以西方宪法为主要研究对象的比较宪法学则带有更强的实用主义意图。民国时期由于留学更为普遍,产生了一批相对专业的法政学者,对西方宪法的引进力度和推崇程度更大。正如韩大元教授所言:“对于民国时期的中国来说,宪法的创制和国家的建构有赖于比较法学和比较宪法学的繁荣。……蔡元培有关1920年前后北京大学比较法研究状况的回忆,以及1934年罗文干有关比较法研究方法的批评,实际就是对当时中国的比较宪法研究的一种批评和反思,因为其中涉及的人物均为比较宪法学专家,出版过比较宪法著作。”^⑦

由于仿效西方宪法体制的制宪实践的需求,以介绍西方宪法知识和经验为内容的比较宪法学研究盛极一时。据统计,民国时期仅以“比较宪法”“比较宪法学”或类似短语为题的著作即多达十几种,此外还有种种关于外国宪法的专题著作。^⑧民国精英同样抱着解决中国实际问题的态度研究比较宪法。正如孙晓楼1935年所言,“我们研究比较法的目的,是希望中国法律上有所改善……”^⑨。然而,也正是由于宪法实践的动荡不

⑤ 参见汪晖:《现代中国思想的兴起》,生活·读书·新知三联书店2004年版,第672-673页。

⑥ 参见载泽:《出使各国考察政治大臣载泽奏请宣布立宪密折》,载故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》(上册),中华书局1979年版,第173-175页。

⑦ 前注③,韩大元文,第78页。

⑧ 参见北京图书馆编:《民国时期总书目·法律》(1911-1949),书目文献出版社1990年版,第76-79页。

⑨ 孙晓楼:《法律教育》,商务印书馆1935年版,第89页。

定,具有实践导向的比较宪法学陷入发展困境。比较宪法研究虽然著述颇多,但对学术品质的提升效果不甚理想。

新中国成立之后,随着社会主义制度的确立,我国开始有意识地排斥西方宪法对自身宪法建设的影响。对社会主义国家宪法的研究构成了中国宪法制定和实施的重要知识资源。如,在1954年宪法的制定过程中,制宪者广泛研究和参考了苏联、越南、保加利亚、捷克斯洛伐克、朝鲜、匈牙利、罗马尼亚、东德、波兰等国宪法,却只是零星地关注了资本主义国家宪法。^⑩

改革开放以来,随着法学专业的复建,为回应宪法实践的时代需求,比较宪法学在中国开始复兴,西方国家的宪法制度再度被纳入比较宪法研究的视野。如,北京大学法律系在1981年编纂了外国宪法资料,以供有关决策者参考,其中不仅包括社会主义国家宪法,也包括西方国家宪法。^⑪在1982年宪法的产生过程中,对于外国宪法的研究构成了重要参考,西方经验也被加以讨论。如,在设计宪法监督机制时,吴家麟教授主张西方国家的相关制度也值得参考。^⑫也有学者提出可以参考法国宪法委员会,设立相关机构监督宪法实施。^⑬

法学界的比较宪法研究正是在此背景下展开的。如,罗豪才教授和吴瀚英教授出版于1983年的《资本主义国家的宪法和政治制度》以英国、美国、法国、德国、意大利、日本等国宪法为主体内容,从公民基本权利、政党与政党制度、选举制度、议会制度、政府制度和司法制度等专题入手,深入介绍了西方主要国家的宪法制度。^⑭龚祥瑞教授的《比较宪法与行政法》则从基本原则、宪法实施、公民权利和国家机构四部分介绍了西方国家的宪法制度。^⑮

世纪之交,随着中国加入世界贸易组织和国内法律改革的发展,比较宪法研究一度成为热门领域。21世纪初,随着“宪法司法化思潮”的兴起,比较宪法研究进入了新的阶段。这些研究一方面试图指出中国宪法与外国宪法的差异,另一方面提出让中国宪法变得与外国相似的建议。由于学界当时对司法审查制度建设的浓厚兴趣,美国宪法(特别是美国最高法院的违宪审查制度)一度成为宪法学关注的焦点,产生了诸多作品。^⑯其后,随着宪法学教义学的兴起,德国宪法学逐渐成为重要的关注点。

总的来看,晚清以来,中国比较宪法学有着极强的借鉴外国经验、改进本国制度的倾向。改革开放以来,特别是新世纪以来的比较宪法学,则带有更强的实践导向和改革意识。此种范式在推动比较宪法学发展的同时,也存在一定的问题:一方面,在理论层面,

^⑩ 参见韩大元:《外国宪法对1954年宪法制定过程的影响》,载《比较法研究》2014年第4期,第54-55页。

^⑪ 参见北京大学法律系宪法教研室、资料室编:《宪法资料选编》(第4辑),北京大学出版社1981年版,第229-254页。

^⑫ 参见许崇德:《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社2003年版,第370页。

^⑬ 参见前注^⑫,许崇德书,第370页。

^⑭ 参见罗豪才、吴瀚英:《资本主义国家的宪法和政治制度》,北京大学出版社1983年版。

^⑮ 参见龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社2003年版。

^⑯ See Han Liu, *Regime-Centered and Court-Centered Understandings: The Reception of American Constitutional Law in Contemporary China*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 68:95, p.95-150 (2020).

其在深入理解外国宪法本身、造就细致分析和客观中立的学术品格方面不甚理想;另一方面,在实践层面,恰恰由于过于注重实用导向,研究本身的科学性受到影响,其实际价值反倒不尽如人意。由于现代化改革的强烈需求,中国的比较宪法研究总是伴随着不同时代的基本精神而抱着回应现实的冲动,这反而在一定程度上阻碍了自身学术逻辑和学科体系的成长。

(二) 比较宪法学的当代意义

近年来,宪法学研究者(特别是比较宪法研究者)感受到比较宪法学在中国法学中的地位日益边缘化,无论就学术发表而言,还是就学术评价标准而言。然而,据此直接得出比较宪法学已不重要的结论,则为时尚早。

第一,就事实层面而言,比较宪法学的边缘化只是发生在显性层面上,而非在实质层面上。虽然本土化意识日益增强的学术发表体系和学术评价体系重视研究中国问题,在大量关于中国问题的研究中,比较分析法仍然是主流的研究方法:以中国某个问题为出发点,通过某个或者几个国家相关制度的压缩式比较,得出一般性的原理,进而提出相关问题的制度建议。究其实质,这仍然是一种借鉴式研究与对策性论述。对于中国宪法学而言,比较宪法依然重要,只是其重要性越发趋于隐性。

在一般宪法理论层面,无论是政治宪法学还是规范宪法学,无论是社会科学分析还是宪法教义学,无论是合宪性审查理论还是比例原则分析法,基于外国宪法建构出来的宪法学说仍然影响着中国宪法学研究。在2010年以后的宪法学方法论争论中,政治宪法学、规范宪法学都带有很强外国宪法背景,特别是从欧陆国家和日本的宪法制度和宪法学说中汲取知识资源。^{①⑦}近年来,宪法教义学在中国方兴未艾,也得到了比较宪法资源的支撑,特别是德国的宪法和宪法学。^{①⑧}

此外,比较宪法学的作用也体现在微观法律制度的建构之中。虽然外国宪法制度已经不再能够直接为中国宪法的宏观发展提供借鉴,但其对于微观宪法问题的研究和相关规则的制定,仍然具有重要的参考意义。如,在《个人信息保护法》制定过程中,欧盟的《通用数据保护条例》(GDPR)是极为重要的参考。实际上, GDPR中规定的诸多数据权利,衍生于欧陆宪法(特别是德国宪法)中的人格尊严概念。^{①⑨}对个人信息权及其诸多附属权利的讨论,离不开比较宪法的深入分析和源流梳理。^{②⑩}在中国宪法实践的特定领域,比较宪法知识也具有特殊的价值。例如,在香港基本法的相关问题上,对于普通法系宪法制度的深入理解不可或缺。中国比较宪法研究已深深嵌入和融入了众多中国宪

^{①⑦} 参见徐辰:《论政治宪法学与规范宪法学:宪法的规范、现实与历史》,载《清华大学学报(哲学社会科学版)》2015年第3期,第41-42页。

^{①⑧} 参见张翔:《宪法教义学初阶》,载《中外法学》2013年第5期;张翔主编:《德国宪法案例选释》(第1辑),法律出版社2012年版;张翔主编:《德国宪法案例选释》(第2辑),法律出版社2016年版。

^{①⑨} 参见叶开儒:《数据跨境流动规制中的“长臂管辖”——对欧盟GDPR的原旨主义考察》,载《法学评论》2020年第1期,第108页。

^{②⑩} 参见王锡锌:《个人信息国家保护义务及展开》,载《中国法学》2021年第1期,第150-151页。

法学作品的篇章结构、具体论证和对策建议。而“比较宪法”本身作为研究对象的宏观研究日益趋于隐退,由此也导致研究者在进行比较研究时某种程度上不再对研究定位和方法论进行必要的省思。

第二,就学科建设和发展而言,比较宪法学对提升中国宪法学学术品质而言也很重要。就宪法学知识体系而言,比较、分析、总结各国宪法的具体发展情况,辨析宪法制度在不同国家的不同体现,本身就是探索宪法一般规律的必要步骤。即便是中国特色宪法基础理论的建构,也离不开比较宪法的知识资源和方法论参考。因为只有在与他者进行比较的过程中,自我的特性才能够建构出来。正如法国文学家安德烈·马尔罗所言:“我们只能通过比较来感知。通过将希腊雕塑同埃及或者亚细亚的雕塑相比较,而不是熟知一百件希腊雕塑,希腊人的天才能够得到更好地理解。”^{②①}对中国宪法实践的学理阐释,也需要通过跟他国的对比,才可能产生能被外界认知和接受的标识性概念和理论。更为重要的是,对比较宪法的深入研究也是建构中国宪法学主体意识的认识论基础。对于作为舶来品的宪法概念和宪法理论来说,我们只有不断理解他者,才能不断加深自我理解。

第三,比较宪法学对于涉外法治建设具有特别而重要的意义。全球化正在日益深化:各国经济交往不断深入、国际经济贸易体系已经建立运行;针对全球共同问题(金融规制、气候变化、打击恐怖主义等)的治理体系不断发展;全球信息网络不断加深各国之间的信息交流和文化碰撞。在中国不断融入世界和不断影响世界的过程中,比较宪法具有了新的意义。随着中国与外国的经济社会文化接触日益增多,无论是政府还是企业,对于各国宪法的知识需求随之增大。^{②②}如,在应对“贸易战”时,宪法和法律的斗争成为重要的“战场”之一。近两年来,华为、抖音(TikTok)等企业在美国遭遇的禁令,都涉及美国宪法问题。^{②③}在对外政策的制定和实施过程中,对于外国宪法体制及其变化发展的准确、及时、深入理解是题中要义。此外,在加强对外传播和应对国际舆论的过程中,理解种种话语背后的宪法理念,才能够更加精准地贴近不同国家、不同地区和不同群体,获得更好的传播效果。

总而言之,在中国宪法学和宪法实践的语境中,比较研究仍然既具有思想学术价值,也具有实际意义。然而,面对新的时代条件和国际背景,中国比较宪法学在改革开放以来形成的研究导向和研究方法需要提升。要保持比较宪法学之于法学教育、法学研究和法治实践的相关性和重要性,其目标需要重新定位,知识体系的内容需要全面更新,研究方法也需要实质迭代。

^{②①} *La Peinture de Galanis*, in François de Saint-Cheron ed., *L'Esthétique de Malraux*, SEDES, 1922, p. 93, quoted from Denis Hollier et al. eds, *A New History of French Literature*, 3rd Edn., Harvard University Press, 2001, p.1002-1003.

^{②②} See Ran Hirschl, *Comparative Matters*, Cambridge University Press, 2014, p.148-149.

^{②③} See *Huawei Technologies USA, Inc. v. United States*, No. 4: 2019cv00159-Document 51 (E.D. Tex. 2020); *TikTok Inc. v. Trump*, No. 1:20-cv-02658 (CJN).

二、域外宪法知识体系的更新

总体而言,当代中国比较宪法的认识框架、学术范式和考察视野仍然存在继续提升的空间。传统比较范式数十年来未能实质更新,主体内容仍然停留在20世纪80年代比较宪法的知识体系。21世纪以来,比较宪法研究关注司法审查和基本权利的司法保护较多,虽然拓展了中国比较宪法的题域,但对于宪法基本理论和前沿问题关注较少,且过于关注特定国家(如美国和德国),所依据的素材和资源业已长期未能全面更新,对于世界范围内的最新发展和前沿问题缺少整体的把握和判断。

“洞中方一日,世间已千年。”冷战结束以来,宪法在世界范围内的发展已经呈现了新的面貌。试举一例。2008年,一份判决书轰动了土耳其。在“头巾案”中,土耳其宪法法院判决,议会通过的一项宪法修正案违宪。之前,土耳其高校禁止女生佩戴头巾入校。议会则通过宪法修正案,规定公民接受高等教育的权利不应被剥夺,以此推翻了头巾禁令。而土耳其宪法法院判定,该修正案违反了《土耳其宪法》中的世俗国家原则(第2条)和共和原则(第1条),且这两条是宪法规定不可修改的“天条”。^{②4}一位美国比较宪法学家看到判决之后,提出了一个颇有意思的问题:如果美国修宪宣布美国是基督教国家,是否违宪?^{②5}

土耳其的案例是全球化时代宪法运作的一个缩影。它提示我们,我们脑海中熟悉的外国宪法已经变了模样。从中,我们可以看到的是,如今拥有违宪审查权的法院,竟然可以涉及修宪问题——在传统宪法理论和社会认知中,修宪是纯粹的政治问题,超越法院的管辖权限。^{②6}我们也可以看到宪法的抽象价值和一国本土文化之间的复杂关系:推动修宪的力量主张宗教权利;宪法法院的法官则坚守世俗价值。我们还可以看到,一国的案例可以让另一个国家的学者重新理解自己国家的宪法:至今,美国宪法理论和实践都不承认司法审查在修宪过程中的作用,更遑论宣布一项宪法修正案违宪。^{②7}我们无法直接从案例中看到、但通过源流分析可以知道的是,土耳其宪法法院依据的“奇特”的宪法教义——“违宪的宪法修正案”——源于大陆法系的德国,^{②8}并在普通法系的印度发

^{②4} See Decision E. 2008/16, K. 2008/116, 5 June 2008, Resmi Gazete [Official Gazette], 22 October 2008, No.27032(Turkish Constitutional Court).

^{②5} See Gary Jeffrey Jacobsohn, *If an Amendment Were Adopted Declaring the United States a Christian Nation, Would It Be Constitutional? Well...Let's Look at Turkey*, at http://digitalcommons.law.umaryland.edu/schmooze_papers/103 (Last visited on September 24, 2021).

^{②6} See Abdurrahman Saygili, *What Is Behind the Headscarf Ruling of the Turkish Constitutional Court?*, Turkish Studies, Vol.11:132, p.138-139 (2010).

^{②7} 美国最高法院曾通过判例明确表示,宪法修正问题属于“政治问题”(political questions),属于政治机关的宪法权力,不在司法管辖范围之内。See *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939).

^{②8} 如,在1970年的“通讯隐私案”(BVerfGE 30,1)中,德国宪法法院认为,《德国基本法》第79条第3款(修宪条款)的目的“在于防止通过修正案的形式废除既存宪法秩序的根基”。而异议意见认为,该案涉及的修正案的确侵犯了人格尊严、分权和法治原则因而应为无效。而在2004年的“电子窃听案”(BVerfGE 109,279)中,德国宪法法院再次重申了其依据宪法审查宪法修正案的合宪性的权力。

扬光大,^{②⑨}继而传到了世界其他国家,如孟加拉国^{③①}、肯尼亚^{③①}和伯利兹^{③②}等国。

事实上,晚近以来各国宪法理论和实践的重大变化,也得到了国际比较宪法学界的关注。学者们已经从比较的角度较为全面和深入地梳理了晚近以来宪法在世界范围内的发展趋势。例如,在宪法正当性基础方面,相关研究已经展示,在宪法制定中,基于人民主权的制宪权不再简单地表现为一国人民实际参与和表示同意的过程,而是出现了国际力量的主导,从而带有“民主赤字”的特征,甚至出现外部强加的宪法制定过程。^{③③}在国家机构体系方面,很多国家的实践已经拒斥了孟德斯鸠式的权力分立模式,走向了“新分权”体制:政府分支超越“三”权,加入“第四分支”(独立管制机构),甚至“第五分支”(如反腐机构和选举争议解决机构)。^{③④}在基本权利保护和司法审查领域,伴随新兴权利的出现,也为了应对“反多数难题”,一些国家形成了新的司法审查模式,包括对话式审查(dialogic review)、弱司法审查(weak-form constitutional review)和新联邦司法审查模式(new commonwealth model of judicial review),司法机关采用的比例原则分析和平衡方法也开始从实体内容走向程序限制。^{③⑤}

相比较而言,中国比较宪法学在整体的知识体系上更新速度则稍显缓慢。通行的比较宪法教科书乃至宪法学教科书中的比较法部分,沿袭了20世纪80年代以来的基本认知框架,即以西方主要国家宪法制度为主体内容,以宪法基本原则、权力结构和基本权利的框架进行介绍,而对于前沿问题的系统性关注和深入分析则相对较少。21世纪初的“宪法司法化”尝试在催生了一批以司法审查为关注点的外国宪法研究作品的同时,其视野也限于欧美主要国家的“成功”实践,对于广大非西方国家的试验关注相对较少,甚至对于西方国家内部出现的“弱司法审查”实践和“反司法审查”论述也欠缺深入研究。2004年我国宪法修改加入“人权条款”,催生了围绕宪法基本权利研究的浪潮。

^{②⑨} 印度最高法院在1973年的一起重大案件中判定,议会的修宪权虽然未有宪法明文限制,但具有隐含限制。虽然该案并未直接推翻两条宪法修正案,但却明确了一个原则:宪法修正案决不可破坏宪法的“基本结构”,由此发明了后来著名的“基本结构教义”(the basic structure doctrine)。See *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, 1973 AIR 1973 SC 1461 (India).

^{③①} 1989年,孟加拉国最高法院在一起案件中,直接引用印度最高法院的判例,宣布一项调整最高法院司法审查管辖权的宪法修正案无效。41 DLR 1989 App. Div. 165。随后,该国最高法院在一系列案件中不断诉诸“基本结构教义”,处理宪法修正案的合宪性问题。See *Siddique Ahmed v. Bangladesh*, (2011) 63 DLR (HCD) 84; *Siddique Ahmed v. Government of Bangladesh and others*, (2013) 65 DLR (AD) 8 (15 May 2011)。

^{③①} 2004年,肯尼亚高等法院(High Court)在一起案件中判定,修宪权不得用于全面修改和替换既有宪法,而必须保持既有宪法的基本形态与特征,其背后的理论正来自印度的“基本结构教义”。See *Njoya & Others v. Attorney General & Others*, [2004] LLR 4788 (HCK)。

^{③②} 2009年,伯利兹最高法院则在一起案件中宣判,该国宪法第六条修正案宣布石油和矿产等自然资源不受私有财产权保护,因而违反了宪法的“基本结构”,包括权力分立原则、法治原则和私有财产保护。See *Barry M Bowen v. Attorney General of Belize* (Claim No. 445 of 2008), BZ 2009 SC 2。

^{③③} 参见马克·图什内特,《比较宪法:高阶导论》,郑海平译,中国政法大学出版社2017年版,第17-32页。

^{③④} 参见前注^{③③},马克·图什内特书,第124-148页。

^{③⑤} 参见前注^{③③},马克·图什内特书,第73-91、94-110页。

近年来,很多域外新兴宪法权利的司法保护实践也在中国社会产生回响。^{③⑥}然而,在受到外来理论和实践影响的同时,比较宪法学界少有成体系的作品,去深入考察这些影响源的整全图景和内在理路,也甚少自觉地对其进行反思。韩大元教授在将近20年前对于中国比较宪法学基本状况的判断,至今来看仍不过时:“比较宪法学……在学科的定位与具体功能方面还存在一些不尽如人意的地方,如就比较宪法学研究成果的数量看,严格意义上的比较宪法学著作并不多见;……在研究方法上,通常采用个别问题或国别为主的研究,宏观的或以问题为中心的研究相对薄弱;比较宪法学研究中近年来虽强调了宪法文化多元化的问题,试图在比较过程中平等对待不同的宪法文化,但在具体的比较与研究过程中还是侧重于以西方宪法的经验作为分析的基础,对非西方国家宪法体制的研究缺乏必要的关注等。”^{③⑦}

在新的时代条件下,中国比较宪法学研究需要重新“开眼看世界”,从基础理论的元问题出发,研究和展现国际范围内宪法和宪法学的前沿问题和最新发展,从而更新知识体系,加深对于外部世界的宪法发展趋势和动态的把握。在这个基础上,研究者可以跳出“虚假的必然性”^{③⑧}的桎梏,在解放思想的前提下更好地理解外国宪法,乃至进行中外比较。如,针对政府权力结构中孟德斯鸠式的权力分立架构迷思的破除,特别是对于外国政府权力结构最新发展的把握,足以启示我们,并非所有西方国家都采用了此种模式,甚至美国也在不断反思和偏离此种模式,从而可以在了解外部发展的情况下,更为客观地分析中国政府权力结构的特点。^{③⑨}在这个意义上,理解和认识他者乃是理解和完善自我的前提。

三、比较宪法学的方法论自觉与反思

作为比较法的子学科,比较宪法承袭了比较法的基本方法论,但也并非直接套用比较法的基本认知框架。就前者而言,比较法中长期存在的功能主义和文化主义的分野,在比较宪法领域表现得更为明显,且就当代比较宪法学而言,由此引发的案例和国别选择问题成为了争议的焦点。

此外,比较法研究中最为基础的区分技术——大陆法系和英美法系,并不当然适用于比较宪法研究。例如,美国宪法与法国宪法更为相似,都采取共和制、成文宪法与某种形式的总统制;虽然同属英美法系,美国宪法与英国宪法的差别则非常大。因此,在比较宪法学中,法系的区分居于较为相对次要的地位。而且比较宪法学中还存在一种私法中

^{③⑥} 例如,2015年美国同性婚姻案宣判一年之后,两名湖南青年在法院起诉婚姻登记机关,主张平等婚姻权应当包含同性登记结婚的权利。参见“孙文麟、胡明亮不服长沙市芙蓉区民政局婚姻登记行政行为行政诉讼案”,湖南省长沙市芙蓉区(2016)湘0102行初3号行政判决书、湖南省长沙市中级人民法院(2016)湘01行终452号行政判决书。

^{③⑦} 韩大元:《当代比较宪法学基本问题探讨》,载《河南省政法管理干部学院学报》2003年第4期,第6页。

^{③⑧} Roberto Mangabeira Unger, *False Necessity*, Verso, 2004, p.xvii.

^{③⑨} 参见张翔:《我国国家权力配置原则的功能主义解释》,载《中外法学》2018年第2期,第283-287页。

较少见的方法论分野：政体中心与司法中心。

（一）功能主义与文化主义

比较法中长期存在求同还是存异的问题,表现在功能主义和文化主义的争论之中。功能主义认为,比较法的意义在于解决本国法律问题时参考他国法律或国际法。具体做法是将他国法律从其语境中抽离,总结为公式或教义,以便本国在立法和释法过程中进行借鉴。^{④①} 较强功能主义甚至带有普遍主义和科学主义的态度,试图从各国宪法中总结共同法(jus commune),因此多采取趋同论的立场。比较的目的是借鉴,借鉴的目的是改进。正如法学家耶林(Rudolph Jhering)所说:“对于外国法律制度的继受与民族性无关,而是与用途和需要有关。当他可以从本国获得相当或者更好的东西之时,没有人愿意从远处获取一件东西,但是只有愚人才会仅仅因为奎宁不长在自家后花园里而拒绝之。”^{④②} 茨威格特和科茨也认为:“比较法提供了法律国际化并且最终成为一门科学的不二法门。在自然科学和医学中,诸多发现和观点在国际范围内交流……但是法学领域的立场却令人吃惊地大相径庭。……比较法已经开始终结此种狭隘性。如同所有科学学科一样,比较法的首要目标是获取知识。”^{④③}

文化主义则认为,比较研究应将具体制度放在一国历史传统和特定文化背景中进行理解,对各国宪法现象进行人类学式的“深描”(thick description)。^{④④} 比较的核心在于理解他者,而非借鉴他者。在文化主义者看来,法律是一国民族历史文化的产物和体现,无法轻易进行跨国移植。^{④⑤} 比较法研究必须“追求学术的目的……要力求摆脱你对你所研究的法律制度的感情因素。……没有任何一种法律制度是绝对低劣的,或低劣到一无可取的程度”,其“目的并不在于贬低或赞美任何法律制度”,而是“了解特定的国家何以会有那样的法律”。^{④⑥}

秉承普遍主义精神的功能主义方法在中国比较宪法学研究中一直较为盛行。我们可以在此前种种专业论述和公共话语中,看到一种较为通行的论述模式:鉴于某某制度在宪法实施体系中的重要功能与作用,某某制度已经是世界各国大势所趋,只有少数国家尚未设立此种制度,因此应当结合国情,在比较美国、德国、法国等国相关制度的基础上,为中国建构该制度提供借鉴。而在宪法解释的方法论层面,我们可以看到,很多论述会强调,某种权利的司法保护或者某种个人基本权利与公共利益之间的平衡方法已经成为国际潮流,因而在中国解决权力和权利之界限时,应当予以引入。值得注意的是,这种

^{④①} See Konrad Zweigert & Hein Kotz, *Introduction to Comparative Law*, translated by Tony Weir, 3rd Edn., Oxford University Press, 1998, p.34.

^{④②} Rudolph von Jhering, *Geist des Romischen Rechts*, Vol.1, 9th Edn., Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, 1955, p.8-9. Quoted from Konrad Zweigert & Kurt Siehr, *Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method*, *American Journal of Comparative Law*, Vol.19:215, p.215-231 (1971).

^{④③} Konrad Zweigert & Hein Kotz, *supra* note 40,34.

^{④④} 参见[美]克利福德·吉尔茨,《文化的解释》,韩莉译,译林出版社1999年版,第3页。

^{④⑤} 参见[美]玛丽·格伦顿:《比较法律传统》,米健等译,中国政法大学出版社1993年版,第7页。

^{④⑥} 参见前注④⑤,玛丽·格伦顿书,第7-8页。

比较宪法研究一方面存在方法论上的认知偏差,即直接从某个或者某几个欧美国家的“模式”直接上升到普遍性原理。另一方面,由于其带有很强的政策建言意识,细致而深入的学术分析反而受到影响。

鉴于此种情况,中国比较宪法学研究应该补足文化主义的方法论。一方面,在进行国别研究时,需要深入该国宪法历史语境和文化构造,展现宪法规则背后的复杂性因素。这在很多时候需要结合社会科学的研究方法,特别是社会学和人类学方法。在分析具体问题时,需要力图将原则、制度与权利放到不同国家政治文化和历史传统中,不仅比较宪法文本和司法判词,更要解读语词背后的深层结构(宪法文化、政治信仰和社会想象)。举例而言,世界各国宪法几乎都保护表达自由。然而,对于特定的言论是否受到宪法保护,各国的规定和实践则有所不同。很多欧洲国家对于仇恨言论——比如“否认纳粹大屠杀”或者激起种族或宗教仇恨的言论——采取极为限制性的态度。有些国家甚至将仇恨言论入罪,且得到宪法法院支持。^{④6}加拿大判例法也确定,表达自由并不保护煽动种族仇恨的言论,例如反犹太主义言论。^{④7}南非宪法更是明确地将仇恨言论排除在表达自由的保护范围之外。^{④8}这些实践背后的理由是,表达自由让位于平等权和人格尊严。这一点又跟特定国家的历史经验密切关联:经历过纳粹统治的德国特别强调人格尊严的平等性,否认反犹太人的言论受到宪法保护;以色列由于是犹太人建立的国家,对于诸如“否认纳粹大屠杀”的言论也采取严格禁止的态度;经历过漫长种族隔离的南非,同样严格禁止极端的种族仇恨言论。但在美国,即使是仇恨言论也受到宪法第一修正案的保护,只要其不会引发或导致“明显而即刻的危险”(clear and present danger),即社会动荡或秩序混乱。^{④9}如,在1992年的一起案件中,一群白人青年在黑人家庭草坪上燃烧十字架,被美国最高法院判定为受到表达自由的保护。^{⑤0}2003年,美国最高法院判定,公开焚烧十字架受到言论自由保护,因而宣布将其入罪的法律违宪。^{⑤1}2017年,美国最高法院九名大法官一致判定,禁止带有种族贬低色彩的商标注册的联邦商标法相关条款违反宪法第一修正案。^{⑤2}而这种状况又和美国的独特历史语境和社会背景息息相关。由此可见,即便是在抽象层面已经形成共识的一些权利及其相关法律制度,在具体的语境之中也会呈现出不同的面貌,特别需要研究者予以精细的比较分析。

另一方面,在专题研究时,特别是试图得出一般性结论或者原理性的判断时,采取尽量审慎的态度是较为必要的,即尽可能扩大样本和案例的考察范围,克服“留学国别主义”的弊端,打开更广阔的学术视野,不仅进一步深入研究欧美的宪法发展,而且关注亚

^{④6} See “Holocaust Denial Case”, 90 BVerfGE 241 (1994) (F.R.G.).

^{④7} See R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697 (Canada).

^{④8} See South Africa Constitution, § 16 (2).

^{④9} See James Weinstein, *An Overview of American Free Speech Doctrine and Its Application to Extreme Speech*, in Ivan Hare & James Weinstein ed., *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, 2009.

^{⑤0} See R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

^{⑤1} See Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003).

^{⑤2} See Matal v. Tam, 582 U.S. (2017).

非拉等“第三世界国家”的问题。即便在研究非西方国家宪法时,避免“西方中心主义”的前见也是重要的原则。^③而这一切的前提,则是对于中国比较宪法学方法论上清醒的自我意识,而非在不经方法论反思之下,按照习以为常的直觉进行对比研究和国别研究。

(二) 政体中心与司法中心

毫无疑问,宪法具有政治和法律的双重属性。宪法学的研究因此既可以从政治学的角度展开,关注政治体制的架构、原理和演变,也可以从法律方法进行分析,关注其如何通过司法方式予以转化,剖析其所形成的教义学系统。由于比较宪法学关注的是各国宪法现象之异同,上述两种倾向则会在一般性的层面变得更为突出。我们姑且将前者称为“政体中心”路径,后者称为“司法中心”路径。前者重点关注国家结构和政府体制的比较研究,与比较政治学深度融合;后者则更加关注司法机关对宪法的解释,特别是有关基本权利的法学分析。

比较宪法研究从古代到现代早期的主要方法都是比较政治制度。亚里士多德的《雅典政制》和孟德斯鸠的《论法的精神》是这方面的经典著作。19世纪末英国宪法学家戴雪的《宪法研究导论》也是从政体出发(议会制还是总统制、单一制还是联邦制等),来比较英、美、法三国的宪制体系。^④同样是在19世纪末,美国比较宪法开创性著作的标题是“政治”,副标题是“比较宪法研究导论”,也以比较政体研究为主。^⑤另一部重要的比较宪法学著作《政治学及比较宪法论》出自美国政治学学科的创始人之一伯吉斯(John Burgess),该作品明确指出:“盖宪法者,非徒于现行法律之手续而成立,实以历史的及革命的势力而为之要素也。但此历史的及革命的势力,使不依于法理的研究法,而以轻率解说之,则非惟限于误谬,而适生危险之结果。”^⑥

在20世纪大部分时间,甚至在二战以后,比较宪法学的主流也是如此。彼时,比较宪法随着诸次制宪浪潮而发展,因此其核心是宪法设计(constitutional design)和宪法工程学(constitutional engineering)。如,二战之后及冷战之后参与各国宪法制定的“宪法工程师”都是政治学家,包括利普哈特^⑦、萨托利^⑧、埃尔斯特^⑨等。他们的主要关注点是为一国设计适合该国国情、符合一般宪法理念的体制,促进社会经济的快速发展。在宪

^③ 例如,在研究性取向相关的宪法权利时,我们不仅仅要看欧美国家最新的同性婚姻合法化进展,还要看到,在非洲和拉美地区(特别是东非和加勒比海地区等前英国殖民地国家),同性行为的去罪化尚未完全实现,遑论在宪法层面实现婚姻权利。此时,我们很难直接得出结论,同性婚姻合法化乃是世界宪法发展的大势所趋。

^④ See Albert V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th edn., Indianapolis: Liberty Fund Inc., 1982.

^⑤ See William W. Crane & Bernard Moses, *Politics: An Introduction to the Study of Comparative Constitutional Law*, New York: G.P. Putnam's Sons, 1884.

^⑥ [美]巴路捷斯著:《政治学及比较宪法论》,本高田早苗译,朱学曾等重译,上海商务印书馆1916年版,第105页(巴路捷斯为民国时期译名,引用时按照现代通用译法有所改动)。值得注意的是,该书的中文译本对于晚清民国中国比较宪法学产生了重大影响。参见前注③,韩大元文,第73页。

^⑦ See Arend Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms & Performance in Thirty-Six Countries*, 2nd Edn., Yale University Press, 2012.

^⑧ See Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering*, 2nd Edn., New York University Press, 1997.

^⑨ See Jon Elster, *Ulysses and Sirens*, Cambridge University Press, 1983.

法设计学和宪法工程学的视野中,司法仅仅是问题之一,甚至不是主要问题。

从20世纪下半叶开始,比较宪法学的关注焦点经历了一次司法中心化的转向。于是,当代比较宪法学研究已经与比较政治学研究分道扬镳:来自政治学系的比较政治学者一般来说关注政府结构,虽然其中也包含对于司法和法院的分析——“比较司法政治”(comparative judicial politics);而来自法学院的比较宪法学家则更关注宪法文本的司法解释,尤其侧重于基本权利的适用和解释问题,特别是不同法院对同一问题判决的比较,分析归纳可以相互援引借鉴之处。从学术表现来看,司法中心主义比较宪法迅猛发展的主要标志,是大量以司法判例为分析基础的比较宪法刊物的创办、论文发表以及学术专著和案例教材的出版。^{⑥0}许多国际法学刊物上的文章也开始有意识地讨论新比较宪法的范式问题,重点是司法审查和宪法权利的比较分析;其作者多是法学学者,而非政治学者。^{⑥1}

中国的比较宪法研究也几乎在相同的时间段发生了类似的范式转型。以王世杰和钱端升的《比较宪法》一书为代表的传统比较宪法研究是以政体比较分析为重。^{⑥2}20世纪80年代的比较宪法研究承袭了这一传统,直到21世纪发生了重大转变,开始集中关注司法审查和基本权利教义。如,在20世纪80年代提起美国宪法,学界首先想到的是“三权鼎立”。21世纪以来,学界对于美国宪法的理解和想象,则被牢牢地锚定在美国最高法院和相关著名案例,随后则是将其与德国宪法法院及其经典判例进行比较。这种转型及其带来的方法论探讨,影响了后来中国宪法学中政治宪法学和规范宪法学/宪法教义学的争论。^{⑥3}

如果暂且悬置两者对于中国宪法实践的讨论,仅从比较宪法学的方法论角度而言,政体中心和司法中心同样不可或缺。^{⑥4}两者可以提供不同的视角,特别是在文化主义的视野下与之融合,使得研究者能够更全面地观察、理解和研究各国宪法制度。如,在比较宪法的前沿问题之一的堕胎权利问题上,我们不仅要关注美国、德国和尼泊尔最高司法机关的重大宪法案件,更要从政体结构的角度分析和解释,美国最高法院或德国宪法法院在其政治体系中如何获得违宪审查权,其权力来自宪法明文授权还是政治实践,其判决的实际政治后果是什么及其与议会和政府之间的复杂互动关系如何展开,以及为何尼泊尔最高法院的堕胎案判决难以在具体执行中得到政府的配合。^{⑥5}进一步说,方法论上

^{⑥0} See Sujit Choudhry ed., *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, 2006; Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge University Press, 2003; Vicki Jackson & Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, 2nd Edn., 2006.

^{⑥1} See Sujit Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, *Indiana Law Review*, Vol.74:819, p.819-892 (1999); Mark Tushnet, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, *Virginia Journal of International Law*, Vol.49:985, p.985-1006 (2009); Vicki C. Jackson, *Constitutional Comparisons, Convergence, Resistance, Engagement*, *Harvard Law Review*, Vol.119:109, p.109-128 (2005).

^{⑥2} 参见王世杰、钱端升:《比较宪法》,中国政法大学出版社2004年版。

^{⑥3} 参见陈端洪:《宪法学的知识界碑——政治学者和宪法学者关于制宪权的对话》,载《开放时代》2010年第3期。

^{⑥4} 参见张翔:《中国国家机构教义学的展开》,载《中国法律评论》2018年第1期,第23页。

^{⑥5} See Lakshmi Dhikta v. Government of Nepal, *Nepal Kanoon Patrika* (Supreme Court of Nepal) Writ No. WO-0757 of year 2063 B.S. (2006 A.D.)(2009).

的反思可以促使研究者重新关注“宪法”的最初意涵：构建国家和分配权力。

（三）案例与国别拣选：西方与非西方

除了宏观的方法论问题之外，还有一些值得注意的技术性问题，其中案例和国别的选择问题特别值得一提。就此而言，中国比较宪法学的主流存在样本选择偏差的问题。正因为中国的现代化进程始于西方文明对中国文明的冲击，研究者在不对国别和案例选择方法进行说明的情况下，直接以某个或某几个西方国家作为比较宪法研究的主要对象，已经成为晚清民国时期乃至改革开放以来中国比较宪法学研究的一种集体无意识。^{⑥⑥} 由于秉承吸取他国经验、形成普遍原理、服务法律改革的倾向，加之司法中心的研究路径，这类比较宪法研究一般会有意识或无意识地选取西方一些典型国家，如美国和德国，有时甚至连英国都经常被排除在外。背后的逻辑则非常易于理解：相比其他国家，这些国家的宪法制度比较先进。^{⑥⑦}

然而必须认识到的是，在很多宪法问题上，如果套用“先进”和“落后”的二分法，西方国家并非都是“先进”的。如，在堕胎权利问题上，具有极强的基督教文化背景的西方国家，堕胎权实现得较晚。又如，在同性恋权利的实现历史中，西方主导、非西方世界跟随的“西方化”叙事也并不完全适用。^{⑥⑧} 在同性性行为去罪化的历史中，虽然迄今为止尚未去罪化的国家都是非西方国家，但在“鸡奸法”的废除历史中西方却并非处在领先地位。在2003年美国“劳伦斯案”宣判的时候，亚洲很多国家要么早已将同性行为去罪化，要么从未入罪化。^{⑥⑨} 而在较晚实现去罪化的国家，恰恰是西方殖民者将“鸡奸法”移植进来，后来殖民地独立之后的一大任务是要在这些问题上实现“去殖民化”。^{⑦①} 这一点在非洲和加勒比海地区更加明显，很多国家最近才完成同性恋行为去罪化进程。再如，西方国家虽然重视基本权利的司法保护，但却很少将其覆盖到社会经济权利，反倒是印度、南非、哥伦比亚等国在该方面的实践颇为“先进”。^{⑦②}

当中国的文明主体意识和民族自信逐渐恢复时，研究者可以带有更强的主体性，以更为全球化的视野，超越西方中心主义，研究和比较各国和各文明中的宪法现象。2012年，中国法学会宪法学研究会组织出版了《世界各国宪法》丛书，翻译了联合国193个

⑥⑥ 主要比较研究对象是英国、美国和德国。参见姚小林：《人权保护中的司法功能——基于最高法院的比较研究》，知识产权出版社2012年版；李少文：《西方政党初选机制比较研究》，上海三联书店2018年版。

⑥⑦ 当代国际学界的比较宪法研究也存在类似问题，其主要关注点是各国的司法审查实践，特别聚焦于“北方国家”，即便涉及“南方国家”，也带着“北方”的视角。See Ran Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2014, p.205.

⑥⑧ See Holning Lau, *The Language of Westernization in Legal Commentary*, *American Journal of Comparative Law*, Vol.61:507, p.507-537 (2013).

⑥⑨ See Holning Lau, *Grounding Conversations on Sexuality and Asian Law*, *U.C. Davis Law Review*, Vol.44:773, p.776-778 (2011).

⑦① See Douglas E. Sanders, *377 and the Unnatural Afterlife of British Colonialism in Asia*, *Asian Journal of Comparative Law*, Vol.4:1, p.1-49 (2009).

⑦② See James Fowkes, *Normal Rights, Just New: Understanding the Judicial Enforcement of Socioeconomic Rights*, *American Journal of Comparative Law*, Vol.68:722, p.722-759 (2020).

成员国现行宪法。^⑫这是超越传统的西方主要国家宪法文本、将非西方国家宪法纳入观察视野的集中努力。^⑬近年来,法学界也已经开始出现专门研究非西方国家宪法的著作。我们有理由期待更为精深和系统的研究。真正具有全球视野的比较宪法研究,需要关注那些未被主流比较宪法话语视野纳入的“他者”,而不能仅将目光圈定在华盛顿、卡尔斯鲁厄、卢森堡、布鲁塞尔、堪培拉和渥太华。我们也须超越随机式的案例和国别选择现象,即依靠学者个体掌握资料的便利程度、熟悉程度乃至情感因素进行比较研究。诚然,每一个研究者的视野都具有局限性,也都会从自己熟悉的国家或者地区出发。然而,此类个案研究可以在深度介绍和挖掘一国制度背景和文化语境方面提升其学术品质,而非直接从个案或少量样本中得出普遍性的结论。

四、重思比较宪法学的实践价值

(一) 比较宪法学与国内宪法实践

作为法学的分支,宪法学研究本身具有极强的实践价值和意义。作为宪法学的分支,比较宪法学的实践意义也需要在新的时代条件下重新思考。时至今日,简单照搬他国宪法模式或者随机获取他国宪法知识指导实践的做法,已经不得不假思索和不合时宜。毕竟,中国宪制已经摆脱了对外部资源的系统性依赖。比较宪法仍然具有重要的参考意义,虽然未必具有直接的借鉴意义。有时候我们可以通过比较分析知道在某些问题上不能做什么,而不是应该做什么。这就要求比较宪法研究保持与实践的适度距离,而研究者要有意识地区分研究者和实践者的身份,从事更为长线的研究,而非只是针对当下问题的短平快对策研究。这也是加强比较宪法学术性,提高其学术含量的重要举措。比较宪法可以具有足以影响实践的客观效果,但不应具有纯粹服务实践的主观目的。因为单纯以服务国内改革为目标的比较宪法研究,既无法塑造精深的宪法理论,也无法产生良好的实际效果。无法做到前者,是因为心态着急,难以进行深入比较和客观分析。无法实现后者,是因为对外国宪法抱着“抓药方”的态度,无法详细研究“药理”和“临床”效果。只有沉浸到各国宪法深层结构中的比较研究,才能够为实践提供客观的支持效果。换言之,面向新的实践需求,比较宪法学本身经过方法论反思和重新定位之后,也存在产生实践价值的可能性。其实,恰恰是具有学术品质的比较宪法学研究,才能在客观层面发挥实际作用。

因此,比较研究的要点在于从域外实践中学习如何将外国经验和基本宪法原理与本国独特政治社会文化进行调适的经验,而非直接依照域外经验来处理中国宪法问题。为了实现这一效果,或许需要一种笔者称之为“双重深入、从根比较”的研究方法:一方面深入外国宪法和宪法学的具体语境,另一方面深入中国宪制的底层逻辑,进而在基础层

^⑫ 参见孙谦、韩大元主编:《世界各国宪法》,《世界各国宪法》编译委员会编译,中国检察出版社2012年版。

^⑬ 参见韩大元:《中国宪法学研究三十年(1985-2015)》,载《法制与社会发展》2016年第1期,第16页。

面进行比较,防止泛泛而论的中外比较,尤其是要防止直接以外国宪法制度作为中国相关问题的“解题”方案。如,在涉及数据隐私的问题上,似不应简单地总结西方主要国家有关隐私权宪法条文、司法判例和学说,从中总结出公式或者教条,直接作为立法的参考案例或司法裁判的教义依据。相反,应当深入其他国家的历史语境,如为何欧洲对于数据隐私的保护比美国要强,各自基于何种不同的文化传统。与此同时,要深挖中国社会对于隐私的理解^{⑦④}和中国宪法对于隐私权的界定及其历史文化背景。唯有如此,我们才能够在清醒的比较意识之下,深刻理解数据隐私在中国究竟意味着什么,也才能更好地服务于数据隐私的法律保护。

(二) 比较宪法学与涉外法治建设

在全球化日益复杂化的今天,国与国之间的竞争已经不再限于经济实力层面,而日益成为规则制度之争。“法律战”(lawfare)已经成为一种重要的国际对抗形式。^{⑦⑤}更为重要的是,在世界很多国家采用违宪审查机制的情况下,具体法律制度都有可能最终变成宪法问题,并进入宪法程序进行处理。因此,国与国之间的“法律战”经常演变为“宪法战”。毕竟,在全球化的时代,一国的宪法性决策已经不仅在其国内具有重大影响,也开始产生国际效应。如,美国近年来通过的诸多人权制裁法案,就明显地触及了其他国家的主权。在这样的背景下,涉外法治建设构成了当代中国法治建设的重要组成部分。近五年来,在中美之间的“贸易战”中,美国动用的诸多法律武器和种种制裁措施,已经让国人深知这一点。因此,比较宪法研究对于在外交领域维护国家主权和国家核心利益,具有重要的知识支撑的作用,也承担了新的使命——“知己知彼,百战不殆”。

为了更好地承担这个使命,借鉴和模仿式的比较宪法研究显然无法满足涉外法治建设的要求。于此,比较宪法研究可以与国别和区域研究进行适度地融合,使其获得更大的实践意义。^{⑦⑥}在作为国别区域研究的比较宪法学中,研究对方,是为了应对它,而不是为了学习它,更不是为了成为它。如果仅仅抱着学习的目的,就无法很好地研究它,更无法很好地应对它。结合国际关系和国际政治等视角,深入到一国政治、历史、文化语境中的国别宪法研究,才能够增强比较宪法学对中国外交政策乃至参与全球治理的贡献度。^{⑦⑦}

面对美国等国家通过法律途径对中国采取的种种制裁和贸易限制,我们需要更加深入地理解这些国家宪法的运作机制。以美国为例,对于现实当中国会和总统的关系、参

^{⑦④} 对此问题,人类学界的一些研究值得参考。参见阎云翔:《私人生活的变革:一个中国村庄里的爱情、家庭与亲密关系》,上海书店出版社2009年版。

^{⑦⑤} See David Hughes, *What Does Lawfare Mean?*, *Fordham International Law Journal*, 40:1(2016), p.1-40.

^{⑦⑥} 这其实也是回归传统。曾几何时,国别宪法研究是区域研究的一部分。例如,在20世纪80年代,美国宪法研究也从属于美国研究。参见任东来:《听君一席话,胜读十年书》,载《人民法院报》2012年2月24日,第6版。追溯更早的先例,魏源的《海国图志》提出了此类研究的目标是“为以夷攻夷而作,为以夷款夷而作,为师夷长技以制夷而作”。参见魏源:《海国图志》,岳麓书社1998年版,第1页。

^{⑦⑦} 一些研究已经开始呈现这种面貌。参见翟哈:《欧洲一体化进程中成员国“宪法特质”教义及其历史制度意涵》,载《欧洲研究》2021年第3期。在政治思想史和宪法史方面的实践,参见章永乐:《此疆尔界:“门罗主义”与近代空间政治》,生活·读书·新知三联书店2021年版。

议院与众议院的关系、参议院中专门委员会（如国家安全委员会）的角色等问题，既有的研究远远不能称为深入。以2018年的“华为案”^{⑦⑧}为例，美国国会通过法律，限制美国联邦政府执法机构、承包商、联邦贷款和拨款接受者采购和使用华为公司生产或提供的某些设备和服务。针对该规定的合宪性诉讼，涉及《美国宪法》中的褫夺公权条款、正当程序条款甚至权力授权条款中包含的宏观分权体制，需要深入细致的分析才能够提出具体的诉讼主张，以达成诉讼效果。中国企业和相关政府部门也需要专业的比较宪法知识来跟美国律师进行诉讼策略沟通乃至商业战略设计，甚至评判其法律服务水平。又如，在“一带一路”的推进过程中，对各国宪制的深入了解和研究，对于制定相关政策、启动相关项目、保护相关利益，具有不可或缺的作用。

涉外法律斗争不仅具有诉讼维度，还有话语维度。在新的时代条件下，中国宪法学不但承担着为中国宪法实践提供理论图示和法学阐释的功能，更是承担着秉承主体性意识、对外讲述中国宪法实践背后的道理和学理的使命。诚如有论者所言：“只有深刻体认到每个国家均有其特殊的宪制问题，宪法学人才有望创造出具有民族性的知识贡献，以此为基础的宪法秩序才符合本国人民的气质与秉性，由此才可避免生搬硬套与食洋不化。中国的历史与规模决定了这个民族的生存方式绝不可能被世界忽视，因此，中国的民族性知识势必也会成为对人类共同生活秩序的世界性贡献。”^{⑦⑨}在构建中国宪法话语的过程中，比较宪法学的作用不可或缺。建构能够讲述中国宪法故事和中国独特的宪法模式的理论体系和话语体系，本身需要在比较的视野中进行对比，更需要在与其他国家的对话中予以确证。真正的主体性必须在他者的互动中予以建立，而非在自我封闭之中予以坚持。^{⑧⑩}打造中国概念和理论的同时，须以其他国家和其他文明能够听得懂的方式予以传播。这需要宪法学研究者理解外国宪法的发展态势和内在原理。效果不仅取决于对中国的研究，也取决于如何用他者能够听懂和接受的语言和概念予以讲述。了解他者的宪法概念乃至催生这些概念的制度语境，就变得极为必要。

五、余论：中国比较宪法学的未来

当前，我国处于近代以来最好的发展时期，世界处于百年未有之大变局，两者同步交织、相互激荡。^{⑧⑪}展望未来，中国的比较宪法学研究在新的时代背景下迎来了新的发展前景。中国自身的发展、国际地位的提升和国际关系的变化，为比较宪法学的整体性反思、提升和发展提供了新的契机和环境。国内宪法实践和涉外法治建设的进展，也呼唤一种

^{⑦⑧} See Huawei Technologies USA, Inc., et al v. United States of America, et al, No. 4:2019cv00159 – Document 51 (E.D. Tex. 2020).

^{⑦⑨} 《中外法学》编辑部：《中国宪法学发展评价（2012—2013）：基于期刊论文的分析》，载《中外法学》2015年第4期，第1099页。

^{⑧⑩} 参见翟国强：《宪法学研究的“中国问题意识”》，载《中国社会科学报》2021年8月31日，第1版。

^{⑧⑪} 参见《习近平在中央外事工作会议上强调 坚持以新时代中国特色社会主义外交思想为指导 努力开创中国特色大国外交新局面》，载《人民日报》2018年6月24日，第1版。

更为整全而成熟的比较宪法学研究格局。如果说传统比较宪法学带有较强的“由外而内”的研究倾向,即学习外国经验来改造本国制度,如今的比较宪法学则面临着一次“由内而外”的转型机会,即在更为精深的比较研究之中不断增强制度自信、提升中国宪法的国际影响力。这或许是自晚清以来,中国比较宪法学迎来的一次重大的范式转变。

更进一步,经过范式转变的中国比较宪法学研究也具有产生世界意义的潜能。“我们所处的是一个充满挑战的时代,也是一个充满希望的时代。”^⑧后疫情时代国际形势和国内治理的重大变化,也在逐渐改变国际比较宪法的范式、范畴和范围。国际学界已开始注意中国抗疫模式所展现出来的宪制意涵和比较法意义,揭示其蕴含的普遍性。^⑨比较宪法学家也开始反思比较宪法的走向,指出当今世界的宪法发展已开始挑战了晚近以来的趋同论倾向,对西方宪法制度的全球扩散的“辉格式的”(Whiggish)信心已经开始逐渐褪色。^⑩我们有理由期待,在新的研究范式之下经过学者的努力,后疫情时代中国的比较宪法学也会迎来新的发展契机,可以在立足本国宪法制度自信的基础上,通过更加广泛和深入的域外宪法研究、中外比较研究和中外交流互鉴,为世界宪法学知识体系贡献中国方案和中国智慧。

Abstract: Against the backdrop of indigenizing Chinese law, the study of comparative constitutional law is still of great value, but it must reposition itself and update its methodology. It is necessary to change its attitude of reference to that of understanding and update the knowledge system of foreign constitutions. It should aim at a deep description of the constitutional system in different cultural contexts. It should transcend court-centered perspectives and pay attention to the macro-political structure and decision-making mechanism. It also needs to expand the scope of country and case selection, looking beyond the West. Reconstructed comparative constitutional law can facilitate the indigenization of China's constitutional law. It can also be integrated with country and regional studies to enhance its practical value in international legal affairs.

(责任编辑:强梅梅)

⑧ 习近平:《同舟共济克时艰,命运与共创未来——在博鳌亚洲论坛 2021 年年会开幕式上的视频主旨演讲》,载《人民日报》2021 年 4 月 21 日,第 2 版。

⑨ See Ugo Mattei, Liu Guanghua & Emanuele Ariano, *The Chinese Advantage in Emergency Law*, *Global Jurist*, Vol.21:1, p.1-58 (2021).

⑩ See Mark Tushnet, *Writing While Quarantined: A Personal Interpretation of Contemporary Comparative Constitutional Law*, *ICL Journal*, Vol.15:53, p.53-66 (2021).